

El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana¹

Karem Ivette Lora Kesie

Abogada de la Universidad del Norte, Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia. Email: klor@promigas.com.

RESUMEN

El Principio de Precaución se encuentra consagrado en el Derecho Interno e Internacional como un principio rector y proteccionista del medio ambiente, que tiene por fin orientar la conducta de todo agente a prevenir o evitar daños, graves e irreversibles, al medio ambiente; aún y cuando (I) dichos daños no se encuentren en etapa de consumación o amenaza sino en una etapa, si se quiere, previa a esta última y distinta, considerada como de riesgo o peligro de daño, y (II) no exista certeza científica absoluta sobre su ocurrencia.

Palabras claves: Principio, precaución, daño grave e irreversible, certeza científica y medio ambiente.

Edición 3ª y 4ª

¹ El presente artículo se realizó en 2011 previa promulgación de la ley 1523 de 2012, que ya consagra de manera expresa el principio de Precaución en la legislación ambiental.

FUNDAMENTO NORMATIVO

En materia ambiental, el Principio de Precaución se encuentra consagrado en la Ley 99 de 1993, la cual señala lo siguiente:

“Artículo 1. Principios Generales Ambientales. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo. (...)

6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

De igual manera, se puede afirmar que el Principio de Precaución es uno de los pilares fundamentales del principio de desarrollo sostenible y del deber de protección al medio ambiente, los cuales tienen consagración en nuestra Constitución Nacional. De esta manera, los artículos 8, 79, 80, 289 y 334 de la Carta Política proclaman el derecho a gozar de un ambiente sano, el deber de proteger el medio ambiente y el deber de garantizar su existencia, desarrollo y preservación. Con lo cual se puede también concluir que el Principio de Precaución tiene fundamento constitucional e *ius internationale*, como se citará seguidamente.

Dado la relevancia del medio ambiente y su desarrollo sostenible, este Principio se encuentra igualmente consagrado en las legislaciones internas de muchos Estados y es principio rector en el Derecho Internacional. Es así como se contempló en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, dentro de los 27 principios

rectores, y en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, celebrada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, aprobada por Colombia mediante la Ley 164 de 1994.

Como se observa bajo estas disposiciones, el Principio de Precaución ordena que en caso de “duda científica” —duda que pudiéramos calificar de razonable—, sobre la posibilidad de que determinada actividad pueda causar un daño grave o irreversible al medio ambiente, debe procederse a suspender, aplazar, limitar, condicionar o impedir la ejecución de la respectiva actividad, según se considere sea la medida eficaz para el respectivo caso, hasta adquirir seguridad científica sobre la existencia o no de dicho peligro.

El Principio de Precaución no se encuentra definido en la legislación colombiana. La Declaración de Wingspread sobre el Principio de Precaución (Wingspread-Wisconsin, 1998), adoptada en reunión de científicos, filósofos, juristas, ambientalistas de las ONG de Estados Unidos y Canadá, expresa: “*cuando una actividad hace surgir amenazas de daño para el medio ambiente o la salud humana, se deben tomar medidas de precaución incluso si no se han establecido de manera científica plena algunas relaciones de causa-efecto*”. Siguiendo el mismo criterio, ha sido consagrado el Principio en otras legislaciones o acuerdos internacionales sin que se llegue a definir el mismo. Por ello, en aras de otorgar una definición al término <<Precaución>> y entender más profundamente su alcance y aplicabilidad, debe recurrirse al Diccionario de la Real Academia Española². De esta manera, se puede entender que el Principio de Precaución es la actitud de reserva o cautela que debe adoptar una persona para evitar o prevenir los daños que pueden causar una actividad aunque no exista certeza científica absoluta sobre su ocurrencia.

2 1. f. Reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o daños que pueden temerse.

ELEMENTOS Y FINES

Conforme a la doctrina, y en especial a la doctrina argentina citada en las referencias, se tiene que, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno, sus elementos y fines son: 1. La anticipación o previsibilidad del peligro; 2. El peligro de daño; 3. La gravedad e irreversibilidad del daño; 4. La incertidumbre con respecto a la probabilidad de daño que puede causar la actividad o la ausencia de certeza científica absoluta; 5. La adopción de medidas pertinentes para evitar el daño al medio ambiente.

1. LA ANTICIPACIÓN O PREVISIBILIDAD DEL PELIGRO:

Si bien el numeral 6 del artículo 1° no establece el deber del agente de prevenir el peligro, se entiende que dicho deber se encuentra implícito en la norma, en la medida en que la finalidad del Derecho no sólo es la de sancionar los daños consumados sino que, en el caso en estudio, su fin es el de (i) sancionar la probabilidad del daño al bien jurídico tutelado (medio ambiente), aún y cuando existan dudas del peligro de daño, y (ii) asegurar la no ocurrencia de daño alguno al medio ambiente.

En este orden de ideas, el agente no se exonerará de responsabilidad argumentando que no existe certeza absoluta de que la actividad cause un daño grave e irreparable, pues basta con un mínimo de fundamento científico sobre dicho nexo causal para comprometer la responsabilidad del agente por conductas imputables a él. Esto quiere decir que el agente, al desarrollar una actividad, de manera previa y anterior debe determinar (a) si dicha actividad puede poner en peligro de daño, grave e irreparable, al medio ambiente, (b) los daños que se podrían causar al medio ambiente, (c) si existe seguridad científica total de que la actividad no causa daño alguno y (d) finalmente probar que la actividad no causa daño alguno ni peligro de daño al medio ambiente. Ello también significa que al agente se le puede endilgar responsabilidad por no

anticipar el peligro al medio ambiente o exponer al medio ambiente a un peligro de daño grave e irreversible, aunque la actividad no hubiese o no haya causado daño consumado alguno y aunque no exista certeza absoluta de las consecuencias de la actividad. Esto implica que los agentes, al adelantar su actividades, de manera previa, deben analizar y anticipar no sólo los daños que efectivamente se pueden causar al medio ambiente sino el peligro de daño, grave e irreversible, que se considera se puede exponer al medio ambiente, aún cuando dicho peligro se encuentre fundado en un mínimo de certeza o duda. Igualmente, así como el Principio exige al agente anticipar cualquier impacto ambiental, el mismo impone a la autoridad competente, en el mismo sentido, tomar acciones que se anticipen a los daños ambientales para asegurarse de que el daño no ocurra.

Es importante señalar que la doctrina distingue entre el Principio de Precaución y el Principio de Prevención. Se ha establecido que el Principio de Precaución es mucho más exigente para los agentes y proteccionista del medio ambiente, ya que a través del mismo se protege al medio ambiente de peligros desconocidos e inciertos; mientras que el Principio de Prevención procura proteger de peligros conocidos y ciertos. Así mismo, se establece que el Principio de Prevención se fundamenta en la debida diligencia, "en el deber de vigilancia y adopción de previsiones en relación con los bienes y personas bajo su control, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, los objetos, elementos o actividades riesgosas no causen perjuicios a terceros"³. Por otra parte, el Principio de Precaución "se basa en el buen gobierno, gestión que se adelanta criteriosamente a los hechos, la que ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, prefiere limitarla (aún equivocándose), privilegian-

3 V. DRNAS de CLEMENT, Z. *Los principios de Prevención y Precaución en materia ambiental*. Citado en la obra *El Principio de Precaución Ambiental. La práctica argentina*. Editorial Lerner, p. 256.

do las seguridades (en el caso ambiental, la preservación del medio ambiente)⁴.

En el mismo sentido se pronuncia Roberto Andorno⁵: *“el principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobada de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la “prevención” y la “precaución”. En el caso de la “prevención”, la peligrosidad de la cosa o de la actividad ya es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Un ejemplo típico de prevención está dado por las medidas dirigidas a evitar o reducir los perjuicios causados por automotores. En cambio, en el caso de la “precaución”, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial”*.

2. PELIGRO DE DAÑO: Es importante resaltar que el Principio busca proteger al medio ambiente no por los daños consumados que se le causen sino por el riesgo de daño a dicho bien jurídico; lo cual, en opinión de algunos, se constituye en una excepción a la regla de uno de los requisitos que debe reunir el daño para comprometer la responsabilidad del actor (certeza), máxime cuando la puesta en peligro no se fundamenta en la certeza científica absoluta, es decir, en un estudio especializado que compruebe que una conducta determinada cause un daño, o en una prueba absoluta, contundente e incuestionable sino en un mínimo de certeza científica o en un grado de incertidumbre. Esto significa que lo amparado por este Principio es el

riesgo, pues, de considerarse que existe el peligro (y sólo peligro) sin aún existir daño consumando o incluso una amenaza inminente y sin contar con certeza absoluta, se procederá a tomar la medida preventiva respectiva de suspensión, limitación, condicionamiento o prohibición, la cual solo podrá ser levantada cuando el agente demuestre con certeza científica absoluta que la actividad no causa daño al medio ambiente.

3. GRAVEDAD E IRREVERSIBILIDAD DEL DAÑO:

El Principio ampara al medio ambiente contra los daños graves e irreversibles que se le puedan causar. Lo anterior quiere decir que no cualquier clase de daño da lugar a la aplicación del Principio de Precaución, sino únicamente los que tengan dichas características: de gran entidad o importancia y cuyos efectos impidan que el bien jurídico tutelado (medio ambiente) vuelva a su condición anterior.

Vale la pena resaltar que el numeral 6 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993 utiliza la conjunción “e” al consagrar la calificación del peligro de daño, estableciendo que el daño debe reunir conjuntamente las condiciones de gravedad e irreversibilidad, por lo que se entendería que si sólo reúne uno de dichos requisitos no sería de aplicación el Principio de Precaución. Sin embargo, la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, acogida en el numeral 1 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993, consagra el Principio de Precaución en su artículo 15 de la siguiente manera: *“con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*. Como podemos observar, en dicha Declaración se utiliza la disyunción “o”, lo que permite entender que el Principio aplicará siempre que el peligro de

4 Ibidem.

5 *El Principio de Precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica*, LL. del 18-7-2002. Citado en la obra *El Principio de Precaución Ambiental*. La práctica argentina. Editorial Lerner, p. 230.

daño presente alguna de las dos condiciones. En consecuencia, debe tomarse en consideración que, dada la consagración en la Declaración de Río de Janeiro de forma expresa del numeral 1 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993, en materia de aplicación del Principio en estudio sería aplicable ésta última interpretación.

4. INCERTIDUMBRE SOBRE LA PROBABILIDAD DE DAÑO QUE PUEDE CAUSAR LA ACTIVIDAD:

Como se ha explicado en líneas anteriores, el Principio de Precaución se aplica cuando exista insuficiente aporte de la ciencia para conocer con precisión y sin duda alguna la existencia o no de un potencial daño al medio ambiente.

5. ADOPCIÓN DE MEDIDAS PERTINENTES PARA EVITAR EL DAÑO AL MEDIO AMBIENTE:

Respecto a este punto, es importante mencionar que la adopción de medidas para la aplicación del Principio de Precaución no sólo es un deber exigible respecto de las autoridades públicas sino de los particulares. La Corte Constitucional en Sentencia C-293/02 señala lo siguiente:

“4.2 En cuanto hace a la aplicación del Principio de Precaución para la preservación del medio ambiente por los particulares, ha de entenderse que el deber de protección a que se hace alusión no recae sólo en cabeza del Estado, dado que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la propia supervivencia de las futuras. Por ello, el compromiso de proteger el medio ambiente es responsabilidad de todas las personas y ciudadanos e involucra a los Estados, trasciende los intereses nacionales, y tiene importancia universal.

En el ámbito nacional, se trata de una responsabilidad enmarcada expresamente por la

Constitución como uno de los deberes de la persona y del ciudadano, al que se refiere el artículo 95, así:

“Artículo 95.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

Por ello, la mención que el artículo acusado hace de los particulares, debe considerarse como la obligación que ellos tienen de tomar las medidas de precaución, cuando exista peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente, aún en el caso de que el particular no tenga la certeza científica absoluta de que tal daño se produzca (...).”

En este orden de ideas, las medidas a aplicar en virtud del Principio de Precaución se graduarán tomando en consideración la intensidad negativa que se presume puede causarse en el medio ambiente con el desarrollo de la actividad concreta. De esta manera, se puede colegir que tanto las autoridades como los particulares incurrirán en responsabilidad por no anticipar el peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente y no adoptar las medidas pertinentes y eficaces para evitar el daño a dicho bien jurídico.

CITA JURISPRUDENCIAL

En Colombia no existe un importante número de casos en los que jurisprudencialmente se haya abordado el tema; sin embargo, llama la atención el caso de una Acción Popular⁶ dirigida en contra del municipio de Saldaña, en la que se solicitó la protección de los derechos colectivos, entre ellos, el goce de un ambiente sano y la protección de los

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. RAFAEL E. OSTA DE LAFONT PIANETA. Bogotá, 21 de julio de 2004. Rad. Núm.: 73001 2331 000 2002 01415 01.

recursos naturales, en razón de que el matadero perteneciente al municipio incumplía ostensiblemente las disposiciones sanitarias por (a) no contar con las condiciones de protección sanitaria y de salubridad que garantizaran la calidad de la carne, (b) contaminación directa de la carne y contaminación atmosférica, (c) no realizar un tratamiento adecuado de residuos sólidos y líquidos como sangre, cueros, vísceras y demás, y (d) encontrarse ubicado en el área urbana.

De esta sentencia, se puede colegir que no se ha dado plena aplicación al Principio de Precaución debido a que se pretende equilibrarlo con la capacidad económica y los recursos del municipio, situación que en dicho caso conllevó a la orden de construir *lo más pronto posible* un nuevo matadero y, por ende, a la primacía del factor económico sobre el peligro de daño a que se exponía el medio ambiente en razón de la operación del matadero. De esto se podría interpretar que el fin de precaución que persigue el Principio en estudio, consagrado de manera clara por el legislador, no se cumplió. Decisiones como la analizada no permiten tener claro: (i) si no era procedente la aplicación del Principio, caso en el cual la decisión no podría fundarse en el imperio del numeral 6 del artículo 1° de la Ley 99 de 1993, o (ii) si era un caso en el que era procedente la aplicación del Principio pero, en el que resquicios, tal vez, de cautela, conservatismo o temor inclinaron al juzgador a tomar una medida como la citada.

En cualquiera de las dos consideraciones anotadas, se pudiera entender que no hubo una correcta aplicación del Principio de Precaución, sea por exceso o por defecto, en razón de que una verdadera aplicación del Principio de Precaución, siguiendo los lineamientos de la Ley 99 de 1993, hubiera conducido a la aplicación de una medida cautelar distinta a la medida adoptada, como la de cierre inmediato del establecimiento, ya que en el caso analizado, si

bien la medida adoptada fue determinante y perentoria, no fue cautelar ni precautoria.

Por otro lado, pudiera entenderse como válida la consideración del fallador de establecer una orden que pudiera ser cumplida gradualmente en el tiempo, otorgando al obligado un plazo para ejecutar las construcciones o adecuaciones que requiera y obtener los recursos que, en el caso de las entidades públicas, demandan el cumplimiento de trámites administrativos. Sin embargo, siguen existiendo varias consideraciones que deben ser analizadas más detenidamente, en especial para casos futuros, con el fin lograr una verdadera protección al medio ambiente:

1. El otorgamiento de plazos para la adopción de medidas, aún y cuando estos se basen en la realidad económica del obligado, podría conducir a agravar aún más los daños al medio ambiente. Si ello es así, se estaría permitiendo que se consumara el daño que el numeral 6 del artículo 1° de la Ley 99 de 1993 ha querido evitar y que prohíbe aún en su modalidad de riesgo, con lo cual ya no sólo incurría en responsabilidad el agente sino la autoridad judicial.
2. El otorgamiento de plazos para la adopción de medidas podrían conducir a interpretar que el caso en virtud del cual el juzgador aplica el Principio de Precaución, no reúne los requisitos de procedibilidad del Principio en estudio y que se ha emitido una decisión con vicios o no fundamentada en el numeral 6 del artículo 1° de la Ley 99 de 1993.

NATURALEZA DE LAS MEDIDAS A ADOPTAR

Si bien la ley no establece las características de las medidas que se deben adoptar para la aplicación del Principio de Precaución, la doctrina consultada, tomando en consideración la finalidad del Principio, ha establecido que dichas medidas deben guiarse por los siguientes postulados:

- **Transitoriedad o Permanencia:** Es claro que, aún existiendo duda o incertidumbre científica, cuando se presente peligro de daño grave e irreversible se deben tomar las medidas del caso para impedir que se cause un daño al medio ambiente; sin embargo, debe entenderse que una vez se obtenga un criterio científico contundente, probado y veraz, expedido por entes idóneos, que establezca que la actividad no causa daño ni representa una amenaza al medio ambiente, debe procederse a levantar la medida cautelar ordenada y permitir la ejecución de la actividad. Por el contrario, de mantenerse la incertidumbre científica o de obtenerse un criterio científico que determine que la actividad sí causa daño al medio ambiente deberá mantenerse la medida ordenada o prohibir su ejecución de manera definitiva.
- **Proporcionalidad:** Las medidas adoptadas en virtud del Principio de Precaución deben ser proporcionales al riesgo que se quiere impedir. Para este fin, deberá analizarse la acción u omisión que pone en peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente, y así determinar cuál sería la medida idónea que, en dicho caso, logre el fin buscado por el legislador, esto es, impedir la consumación del daño al medio ambiente y evitar cualquier tipo de amenaza al medio ambiente. En este orden de ideas, una vez reunidos los supuestos que dan lugar a la aplicación del Principio de Precaución, cualquier medida a adoptar, si bien debe ser inmediata, anterior y precautoria no debe ser excesiva ni insuficiente, es decir, no debe ordenar suspensiones o limitaciones a actividades distintas de las que colocan en peligro de daño al medio ambiente, ni deben dejar espacios que permitan la consumación del daño.
- **No Discriminación:** Debe existir un tratamiento igualitario en cumplimiento del

derecho a la igualdad establecido en el Art. 13 de la Constitución Nacional, siguiendo los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en relación con la interpretación de dicho derecho.

Igualmente, las medidas deben seguir los precedentes administrativos o jurisprudenciales. De esta manera, debería existir concordancia y coherencia con las decisiones adoptadas en casos similares previamente. Sin embargo, este principio a la fecha debe ser seguido de manera mesurada, pues como se ha esbozado, a la fecha, las autoridades no han aplicado con todo rigor el Principio de Precaución. De tal suerte que los precedentes administrativos o jurisprudenciales que puedan existir a la fecha, están en vía de crecimiento y evolución.

CONCLUSIONES

Es positivo observar que el Principio de Precaución ha sido acogido por el Estado colombiano y que las autoridades administrativas y judiciales ya han procedido a su consideración con el fin de proteger el medio ambiente. No obstante, parecería que aún existe un poco de mesura en la aplicación del Principio de Precaución, y que además, no se han atendido los conceptos doctrinales enunciados por la doctrina nacional y foránea en esta materia. Igualmente, parecería que continúa prevaleciendo el desarrollo económico de los pueblos sobre el desarrollo sostenible del medio ambiente, pues el Principio de Precaución en su esencia, naturaleza y prescripción legal requiere de medidas inmediatas, urgentes y precautorias para evitar cualquier daño o amenaza de daño al medio ambiente.

Indudablemente, el Principio de Precaución compromete la responsabilidad del agente que ha puesto en riesgo de daño al medio ambiente y a la autoridad pública que no aplica dicho Principio de manera acertada. Esto contribuye a la consu-

mación del daño o a la prolongación del riesgo de daño, por lo que se debe comenzar a trabajar en el tema de la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente no sólo por el agente sino por las autoridades públicas cuando, por ejemplo, en algún fallo o decisión no se adopten verdaderas medidas cautelares o precautorias como la de cierre inmediato o cesación inmediata de la actividad. De todas formas, se espera la evolución de la jurisprudencia en este tema y la participación activa de los particulares en casos que ameriten la aplicación del Principio en estudio, con el fin de construir una tesis jurisprudencial más a tono con la protección al medio ambiente que busca el Principio de Precaución.

Bibliografía

- Bellotti, M., Benitez, O., Drnas, Z., Juliá, M., Manrique, E., Rosenberg, G., Sartori, M., Torres, P., De la Colina, M., García, M. & Nader, A. (2008) *El Principio de Precaución Ambiental. La práctica argentina*. Editorial Lerner.
- Cooney, R. (2004) *El principio de precaución en la conservación de la biodiversidad y la gestión de los recursos naturales*. Publicación traducida en 2005, financiada por la Unión Europea.